

DERECHO AMBIENTAL

El hombre como garante de la indemnidad de su entorno: perspectivas desde el nuevo paradigma iusprivatista

POR LILIANA ZENDRI (*) Y JUAN PABLO RINCÓN NIEVA (**)

Sumario: I. Introducción.- II. La relación ser humano-ambiente.- III. El nuevo Código Civil: cambio de paradigma en materia de responsabilidad.- IV. Facticidad pública con consecuencias en el fuero privado.- V. El patrimonio cultural edificado. Sus fuentes y relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.- VI. Reflexión final.- VII. Bibliografía.

Resumen: pretendemos abordar una arista de la tutela de los bienes ambientales culturales. Es un tema que incumbe al Estado pero también a la comunidad, porque asocia al “Derecho al patrimonio ambiental-cultural” positivizado en nuestro ordenamiento normativo, aunque responde a dos diversas fuentes (el ambientalismo y el constitucionalismo cultural). Nuestra realidad está formada por elementos ambientales en sentido amplio, de manera que incluye recursos naturales y culturales, en permanente cambio e interrelación (el patrimonio es dinámico), y ya en una publicación anterior -una primera aproximación a los resultados alcanzados en el proyecto de investigación J 158/17-18-, se habló de herramientas de protección que le pueden ser aplicable a ambos subtipos (1). La

(*) Abogada, Especialista en Derecho Civil, Magister en Conservación de Patrimonio por UNIA (Univ. Internac. de Andalucía, España); Magister en Ciencia de la Legislación por la Universidad del Salvador (USAL). Prof. de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, (UNLP). Prof. en Centros Regionales Chivilcoy, Bolívar, Bariloche, Viedma (Río Negro) y Río Gallegos (Santa Cruz). Prof. invitado en posgrado, Facultad de Ciencias Naturales y Museo, Universidad Nacional de La Plata (UNLP); en Especialización en patrimonio FAU-CECYRPUAA-UNLP; en Maestría CRIP-UNLP; en maestría en Derecho Procesal Constitucional IEA -Altos Estudios- S. Ciencia y Posgrado (UNLZ-UBA); en Curso de Posgrado en Derecho Constitucional Profundizado, Universidad de Buenos Aires, (UBA). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto de Cultura Jurídica, Universidad Nacional de La Plata.

(**) Abogado, Escribano. Prof. Ayudante Graduado Cátedra II, Derecho Procesal I. Maestrando en Derecho Procesal (UNR).

(1) Zendri L. y Sisti P. (2017). Importancia de la protección patrimonial local: herramientas del Derecho Ambiental aplicables al patrimonio cultural edificado. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Número 47 (pp. 69 y ss.). Buenos Aires: La Ley.

investigación, denominada “Nuevas normas ius privatistas: simetrías o asimetrías con el régimen del patrimonio ambiental-cultural, su repercusión en el desarrollo y la gobernanza”, da marco a que observemos la relación concreta de los bienes a proteger porque esa tutela asocia a tutelar la identidad (nacional, provincial, local) en la cual subyace un pilar del desarrollo y en la colisión de derechos las normas del derecho privado arrojan principios a aplicar.

Palabras claves: entorno - patrimonio ambiental-cultural - tutela - herramientas de protección - iusprivatista

The man as a guarantor of the indemnity of his environment: perspectives from the new paradigm of private law

Abstract: *we intend to address an edge of the protection of cultural environmental goods. It is a matter for the State but also for the community, because it associates the “Right to environmental-cultural heritage” positivized in our normative order although it responds to two different sources (environmentalism and cultural constitutionalism). Our reality consists of environmental elements broadly as including natural and cultural resources, constantly changing and interaction (heritage is dynamic), and by earlier publication which is a first approximation to the results achieved in the J 158 project / 17-18, there was talk of protection tools that may be applicable to both subtypes. Research called “New ius privatist rules: symmetries or asymmetries with the regime of environmental-cultural heritage, its impact on development and governance” provides a framework for us to observe the specific relationship of the goods to be protected because that guardianship associates to protect the identity (national, provincial, local) in which a pillar of development underlies and in the collision of rights the rules of private law throw principles to be applied.*

Keywords: *environment - environmental-cultural heritage - guardianship - protection tools - private law*

I. Introducción

Nuestra investigación abordó temas de la cuestión ambiental-cultural que pueden parecer alejados unos de otros pero ocurre que los espacios de indagación pretenden abarcar la problemática y el ámbito común de pertenencia de aquellos bienes identitarios (sean naturales y/o culturales) respecto de los que se consagró en nuestra norma nacional y provincial, el derecho de uso, el acceso y el disfrute a los mismos, siendo oportuno atender la idea fuerza en que se sustenta como asimismo las herramientas que hacen a su defensa.

Este aporte, en autoría con un integrante del proyecto, aborda el tema desde una mirada amplia que se apoya no solo en la arista del derecho ambiental y del

constitucionalismo cultural, sino en el civil que entró al ordenamiento más recientemente que la consagración constitucional.

De ahí que si la propuesta es analizar simetrías y asimetrías de las nuevas normas jus privatistas, existentes o no a partir de la reforma civil, u observar las existentes con el derecho público, el ambiental y el procesal constitucional, entre otros, pues pretendemos abarcar al derecho en transversalidad al Derecho Humano Fundamental al patrimonio ambiental natural y cultural asociado a la identidad local. Creemos que estas aproximaciones, trabajadas muy especialmente por uno de los integrantes jóvenes, pueden ser significativas para la protección en el ámbito bonaerense y aun al caso platense, que sin duda coadyuvan al resultado proyectual final que se pretende.

Es que al patrimonio ambiental (en adelante PA) lo conforman bienes naturales (PN) y culturales (PC) que hacen a la identidad de cada sitio, resaltando en el caso la protección jurídica que se les dé en su localización, lo que vincula directamente con el uso y disfrute de que dispongan las personas, incluidas las futuras generaciones, y además está expresamente contemplado en normas jurídicas internacionales como la Convención de París de 1972 (2).

Este tipo de bienes representan “construcciones” que, por razón de entorno natural o social, urbanístico o rural, cobran relevancia para la comunidad y, por ende, deben (o deberían) recibir una adecuada protección del Estado. Efectuamos una breve descripción de las categorías que conforman el PA para atender el subtipo, ya que el llamado “ambiente” básicamente se clasifica en dos, urbano y rural, y abarca aspectos no solo biológicos, sino económicos, políticos, sociales y culturales.

Se tiene dicho que el hombre construye su propio medio integrando en su geografía (sea en su contorno urbano o rural) artefactos y símbolos que expresan en diversos modos de producción porque cada lugar adopta características y funcionamiento propios conforme sus recursos naturales y culturales, atento también a pautas sociales, políticas, económicas y culturales, razón por la cual estos conceptos acoplan al “desarrollo humano”.

En esa inteligencia, el llamado derecho al patrimonio ambiental-cultural (DPAC) en ámbitos rural o urbano implica la preservación de sus diversas manifestaciones en las que afirma la identidad de un lugar, la que se expresa en bienes que deben ser mantenidos para conservar su memoria. De ahí la necesidad de soluciones propias para cada sitio (país, provincia, región) aunque, en general, se habla de implemen-

(2) Convención Internacional del Patrimonio Mundial también llamada Convención del Patrimonio Natural y Cultural.

tar políticas de desarrollo compatibles con la preservación de los recursos (naturales y/o culturales) y se lo hace con sustento en la preservación de la identidad misma (local, regional y nacional) donde su soporte normativo es ineludible.

La reforma del Código Civil significó un enorme impacto al ordenamiento jurídico todo, ya que venían siendo reformadas algunas constituciones provinciales y, en 1994, se incorporaron a la Constitución Nacional los “nuevos derechos y garantías”, consagrando, además, el amparo como acción de tutela e incorporando numerosos tratados internacionales al texto como norma de más alta gradación jerárquica, lo que obliga a observar cómo quedan delineadas las obligaciones del Estado y de los particulares en orden a la tutela efectiva (práctica) de sus derechos, conforme esa premisa de jerarquía de las normas y la exigencia de sistematización que todo sistema debe contener.

Se incorporó el Derecho al patrimonio ambiental-cultural y el Derecho al desarrollo, ambos con dimensión de DDHH (obligación del Estado y los particulares, por un lado, y de responsabilidad intergeneracional de tutela por otro), mostrando que la “cuestión ambiental-cultural” superó el concepto de intereses subjetivos —protección de intereses individuales— al mencionarla como “derecho fundamental”. No puede estudiarse sin atender la diversidad de fuentes ya señalada: derechos culturales y derecho ambiental.

La recepción constitucional incluyó este nuevo derecho en la tercera generación (3), norma que refiere a las obligaciones del Estado y de la sociedad y al poner en cada uno de ellos, asocia la necesidad de efectiva tutela con la de crear un marco legal -legislativo e institucional- para la preservación -con eje en el desarrollo- a nivel nacional, regional y local.

Receptó la materia en los Derechos humanos fundamentales, hablando del “derecho de todos los habitantes” sin perjuicio de otorgarles acción de amparo como vía de protección y mencionar la calidad de derechos de incidencia colectiva. En este marco, cobran relevancia los problemas que enfrentan los particulares y, desde esa mirada, analizamos el Código Civil en relación también al Derecho al Patrimonio Ambiental porque la “tercera generación” condiciona el obrar al ponerle límite a la autonomía y al derecho de propiedad mismo. Pudiendo decirse que el “Derecho al Patrimonio ambiental (DA)” es una especie de continente a la realización de todos los demás, al limitar los derechos de cada individuo imponiéndole obligaciones que hacen a la responsabilidad comprometida en su preservación y poniendo eje en las herramientas de tutela del ambiente, algunas aplicables incluso a la defensa del patrimonio cultural.

(3) Artículo 41 de la Constitución Nacional.

El patrimonio viene revalorizado pero, en el mundo del Derecho, busca tutela efectiva, procurando el libre acceso del ciudadano a los bienes patrimoniales; por esta razón quedó configurado como Derecho fundamental, pues el reconocimiento a todos los ciudadanos de acceder a esos bienes ambientales-culturales es esencial para el pleno desarrollo de la personalidad individual y colectiva.

La reforma constitucional de 1994 incorporó los DPAC, que ya contaban con el antecedente de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y su defensa práctica claramente puede operar mediante acciones de prevención, de restablecimiento y de indemnización. La reacción pueden ser medidas preventivas como reposición al estado anterior (viejo artículo 1083 1º CC), defensas a la que se suma la posibilidad indemnizatoria y aún el resarcimiento de daños, pero pese al impacto de la reforma constitucional, recién después se reformó el Código de fondo, de ahí que consideremos conducentes estas aportaciones.

Por otro lado, sabido es que el régimen del patrimonio ambiental no se agota en la Constitución, la legislación ambiental y la legislación patrimonial en sentido estricto, sino que existen numerosas leyes especiales, normas (nacionales y/o provinciales) destinadas a objetos específicos que integran el concepto y, conforme lo competencial, relaciona —en paralelo— con ordenamientos provinciales y leyes municipales. Es que la cuestión es compleja vinculando a las normas generales, especialmente el Código Civil, frente a la implementación de un nuevo régimen ius privatista donde nuestro proyecto proponía profundizar la investigación de los marcos normativos de aplicación a los sectores urbano y rural determinados por el nuevo paradigma surgido al amparo de la nueva norma.

El marco de sustento teórico, económico y legislativo del complejo de factores socio-económicos enunciados fue y es objeto del trabajo, cabiendo asimismo indagar en la existencia o no de políticas públicas que permitan gestionar los desequilibrios. De ahí que sentimos propicio, o al menos conducente, **adentrarnos en los conflictos que se producen en relación a los hacedores de las políticas públicas y a los agentes (particulares) ligados también al quehacer agrícola-ganadero como el inmobiliario-urbanístico.**

II. La relación ser humano-ambiente

II.1. El hombre como custodio de la naturaleza

El medioambiente, como conjunto ordenado de ecosistemas, especies y genes, ha preexistido al hombre, quien ha venido a habitarlo y debe cuidar de él. Lo cierto es que a lo largo de la historia lo han poblado millones de personas, pero también han sido pocos los que se han preocupado por cuidar su integridad.

La industrialización, la posmodernidad y el avance sistemático de las TICs han generado verdaderos cambios en las sociedades que habilitan llamarla hoy posmoderna o tecnológica, cuyo principal cambio paradigmático ha sido la globalización. Dichos avances, que ocurren cada vez con más aceleración alentados por el consumo excesivo, han dejado a la naturaleza en tercer plano, es decir, como algo que se aprecia cada tanto cuando el hombre asume el rol de turista o extranjero.

Pero el ecosistema no es infinito, no se satisface a sí mismo diariamente, ni tiene la posibilidad de desechar lo corrosivo. Necesita del hombre para hacerlo y, por fortuna, los pocos que sí se ocuparon se han erigido en custodios de ese bien jurídico, protegiéndolo constitucional y convencionalmente.

El desafío actual, más allá de la creación de instrumentos internacionales que velen por su protección integral, es lograr el compromiso de cada uno de los componentes de la sociedad en la construcción de protocolos de cuidado y concientización sobre la destrucción a la que es sometido casi diariamente.

II.2. El hombre como administrador de la naturaleza

La naturaleza no puede abastecer al hombre por sí misma. No está siquiera concebida para hacerlo, sino que es preexistente a él y forma parte del entorno que lo rodea. El ser humano debe poder disfrutarla y a sus bienes porque ella tiene las condiciones necesarias para él (nacer, vivir, reproducirse, morir).

Aun así, la ha descuidado, la ha sometido a las más atroces vejaciones bajo el *leitmotiv* de que “es inagotable”. Es por ello que, en cierto momento histórico, parece haber entendido que debía asociarla a sus propios actos de gobierno, convirtiendo su protección integral en uno de los ejes de sus políticas públicas. De ahí la aludida consagración constitucional de 1994 al igual que, por ejemplo, Colombia en 1991, Perú en 1993, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999.

En el ámbito convencional-internacional, se destacan el Protocolo de Kyoto, ratificado por la Ley Nacional N° 25.438; el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, suscripto en Asunción y ratificado por la Ley Nacional N° 25.841 y la Ley General del Ambiente N° 25.675, que regula los presupuestos mínimos de una gestión sustentable, entre otras.

Pero, respecto a nuestro ámbito, creemos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cambió de paradigma en materia de responsabilidad. El derecho-deber de prevención.

III. El nuevo Código Civil. Cambio de paradigma en materia de responsabilidad

III.1 Aplicación del nuevo régimen de responsabilidad civil

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial en la República Argentina trajo aparejados un sinfín de nuevas aristas de estudio y de aplicación a la vida cotidiana de los argentinos.

El esquema de la responsabilidad civil, independientemente del régimen específicamente aplicable a la cuestión del patrimonio, en el anterior cuerpo normativo se encontraba centrado en el juego armónico de los artículos 1109 y 1113 —para los actos entre particulares—. Hoy ha sido superado de manera positiva por un nuevo concepto que se erige a partir del nacimiento de dicha legislación: **la prevención como elemento primigenio de la responsabilidad, insistimos, referida únicamente a este aspecto.**

Como axioma, el Código de Vélez Sarsfield se encargaba de proteger las consecuencias disvaliosas que ocurrían ante un hecho jurídico establecido que vulneraba derechos de terceros, poniendo el acento en su resarcimiento. Hoy, si bien dicho esquema no ha variado, la ley 26.994 introduce un concepto innovador que termina de cerrar el circuito de cualquier acto, que pretende probarse ante el órgano jurisdiccional como amenazante de derechos adquiridos: el deber de prevención del daño.

Decimos innovador porque hoy ha quedado plasmado como legislación positiva en un Código de fondo, pero en la realidad jurídica nada de novedoso tiene hablar de la prevención como un factor determinante de responsabilidad.

La jurisprudencia y doctrina nacionales vienen cimentando las bases de este paradigma desde hace más de dos décadas, en consonancia con la recepción de los denominados derechos de interés difuso o de tercera generación aludidos justamente al inicio del presente y que, por tanto, deben ser tenidos en cuenta al afinar la cuestión en su especificidad.

Recordemos, asimismo, que existe otra doctrina que entiende no apropiada la denominación de derechos colectivos, pues dicha frase la reserva académicamente a los preceptos del Derecho Laboral y no encuadrarían todos los aspectos de sustanciación de este tema en cuestión. **Pero, superada esta concepción en las consideraciones que el mismo proyecto plantea de inicio, nos parece, no obstante, conveniente la aclaración.**

Lo cierto es que la legislación iusprivatista que nos rige comienza su análisis de la responsabilidad desde un momento anterior a la producción del hecho dañoso:

todo aquello que el ser humano hizo o sigue haciendo para proteger los bienes de la sociedad o de las personas en su individualidad.

Dicho de otro modo, **el análisis se centra en el *deber de protección del daño* conforme al artículo 1710 del Código Civil y Comercial, donde se resaltan distintas situaciones, a saber:**

- El factor de evitación de cualquier hecho que pueda ser considerado dañoso.
- La adopción de medidas que morigeren cualquier situación que, *a priori*, pueda producir un daño, con su respectivo resarcimiento.
- El no agravamiento del daño una vez consumado.

Así visto, parecería que dicho artículo no deja situación posible librada al azar y se encarga de dar una respuesta según el nivel de desarrollo que tenga o haya tenido dicho acto. No obstante ello, de seguido, legisla un nuevo tipo de acción: la *acción preventiva*.

Si bien lo que el legislador ha querido es dar a los judicantes la herramienta necesaria para hacer efectivas sus pretensiones, lo verdaderamente interesante allí es que no exige que conlleve un factor de atribución (objetivo o subjetivo).

En cuanto a su legitimación, introduce un concepto novedoso. Ya no hablamos de derechos subjetivos, ni intereses simples, ni difusos, ni jurídicos, sino de *razonables*. Creemos que la introducción de este concepto resulta de importancia porque la razonabilidad en la afectación de un bien jurídico debiera ser siempre el primer filtro de análisis de cualquier acción. No implica que a primera vista resulte una cuestión de amplísima interpretación, que quedará a criterio de los judicantes, sino que allí se establece una nueva categoría lógica de facultades del hombre, o los hombres reunidos en sociedad, para reclamar por la afectación de un bien o un derecho.

Los artículos 1734 y 1735 consagran, respectivamente, el principio tradicional en materia de cargas probatorias y, como excepción, la llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, de utilización cotidiana en el ámbito judicial, más allá de las severas críticas que recibe de un sector de la doctrina procesalista. Esta teoría, partiendo de la base de la existencia de un deber de buena fe y de colaboración procesal en cabeza de las partes, concluye que la carga de la prueba debe recaer en aquella que se encuentre en mejor situación de aportarla o, como dicen los manuales, de probar.

Justamente pensamos que uno de los peligros de esta postura es la posible afectación del derecho de defensa en juicio, porque no existe, *a priori*, una regla o

pauta para saber quién está en mejor situación de aportar la prueba en cada caso concreto.

III.2. La sociedad o el grupo social como actor frente a la afectación de bienes públicos

Los cambios de paradigma jurídico traen aparejados —o al menos deberían— ciertos aspectos de observación que hasta ese día no tuvieron tratamiento generalizante, sino que los encontrábamos en los discursos de algún jurista investigador o de un docente de la universidad dispuesto a abrir espacios de reflexión.

Así planteado, y dentro de los numerosos cambios que incorpora el nuevo Código, se reconocen en sus primeros artículos los derechos de incidencia colectiva y, por tanto, las acciones de tutela de estos.

Su protección la encontramos en la “acción de clase”, que es aquella que se puede entablar en protección de intereses individuales homogéneos que tengan incidencia colectiva, es decir, que afecten a una pluralidad relevante de derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva, tales como el derecho de protección al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, siempre que no estuvieren destinados a consagrar, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales que afecten exclusivamente al sujeto accionante. Donde, por otro lado, parecería que podemos centrar nuestra cuestión.

El cambio social, la realidad jurídica, la costumbre en su faz dinámica: todos ellos son elementos indispensables para entender el cambio de paradigma de la legislación de fondo.

Así como el amparo fue una creación pretoriana, a través de los precedentes “Siri” (4) y “Kot” (5), también lo ha sido la acción de clase conforme la causa “Halabi” (6), de febrero de 2009, cuando el máximo Tribunal confirmó la inconstitucionalidad de la “ley espía” (ley 25.873 de 2004) que exigía a las telefónicas mantener en sus bases por diez años los registros de todas las llamadas o conexiones por internet que hacían sus clientes.

Más allá del fundamento principal —afección al derecho a la privacidad de los ciudadanos—, esa sentencia trajo la novedad procesal clasista como un mandato de la Constitución. La Corte advertirá la existencia de ciertos derechos “*de inci-*

(4) CSJN, Fallos, 239:459; LL, 89-531; JA, 1958-II-476.

(5) CSJN, Fallos, LL, 92-627; JA, 1958-IV-216.

(6) Halabi, Ernesto c/ P.E.N -ley 25.783- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986.

dencia colectiva” que no necesariamente se relacionan con bienes colectivos indivisibles, como el ambiente, sino que encarnan a “intereses individuales”, plurales y divisibles, y lesionados por una causa fáctica común. En esos casos, razona el Tribunal, cabe realizar “*un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte*”. Para eso, agregaba la Corte, debe existir una ley que articule estos colectivos procesales: que determine cuándo y cómo se pueden tramitar estos procesos, y cuáles son los alcances de sus sentencias.

III.3. El derecho-deber de prevención

Los derechos y obligaciones enunciados en un cuerpo normativo siguen la suerte de ser dos caras de la misma moneda: no dañar es la contracara del derecho a no ser dañado.

Así ocurre también en la afectación de los bienes públicos.

Como integrantes del Estado estamos llamados a proteger nuestro patrimonio cultural del ataque sistemático al que es sometido hace décadas.

No solo pesa en nosotros dicha obligación, sino que la sanción que se produzca como consecuencia de la negligencia o el dolo que provoque su afectación debe ser ejemplificadora.

Tampoco debe soslayarse el derecho de daños entre particulares, porque recuérdese que el derecho está llamado a ser el regulador de la paz social. Es, sin embargo, importante destacar que nuestro patrimonio social es algo que excede la esfera de lo particular.

Es lo que nos define, lo que nos da el marco histórico, en fin, lo que nos orgullece mostrar al mundo y por eso de inicio hablamos de los bienes identitarios.

Es así que la prevención del medio ambiente natural como la del patrimonio cultural se erige como derecho-deber, al estilo del consumo, cuya protección debemos encontrar en las más altas esferas de juridicidad (*vbg*: Constitución, Tratados Internacionales, Convenios, etc.).

Entendemos que es un derecho-deber porque, así como no podemos desconocer que existe y nos rodea, también nos pone en situación de análisis de doble arista; en otras palabras, tenemos derecho a un medioambiente sano, limpio y a disfrutar de nuestro patrimonio cultural, o sea, de los bienes en que trasunta nuestra identidad (nacional, provincial, local) y, por qué no, enorgullecernos de él, pero estamos inmersos en un constante deber de cuidado y prevención que nos transforma en sujetos activos protectorios constantes.

No es que los nuevos paradigmas de análisis del derecho se interesen recientemente por ser fuertes protectores de cierta categoría de derechos, pues ellos nos preexisten y lo hicieron desde siempre, sino que estamos asistiendo a un cambio de paradigma certero: otorgarle una tutela jurídica y social diferenciada a ciertos bienes que, por su condición de tales, merecen y han merecido históricamente. Tal es el caso de los que nos ocupan en este trabajo.

IV. Facticidad pública con consecuencias en el fuero privado

IV.1. El cuidado del ambiente y el patrimonio cultural. *Res pública* y protección constitucional

Sabido es, a esta altura, que la protección del ambiente ha provocado en el constituyente una sensación de tutela diferenciada. Aquellos que se reconocen como nuevos derechos y garantías en la sección especial de la parte dogmática de nuestra Constitución, considerados por la doctrina como de tercera generación, se posicionan como orden público de primera generación, y es por ello que, por ejemplo, la regulación del consumo ha ganado espacio en la nueva legislación sustantiva.

El caso que convoca en este trabajo tiene que ver con la protección constitucional de lo que nos rodea, es decir, el entorno, aquello que nos define, nos caracteriza y nos construye.

Hablar de su incorporación como *nuevo* derecho parece una falacia porque pareciera insinuar que su protección hubiese nacido en 1994 cuando ya numerosas legislaciones locales se hacían eco de ello de manera previa. Entre otros, son ejemplos de protección la Ley de Preservación, Conservación y Defensa del Ambiente de la Provincia de Neuquén N° 1875, sancionada el 21 de diciembre de 1990 y la Ley de Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Medio Ambiente de la Provincia de Tierra del Fuego N° 55, sancionada el 2 de diciembre de 1992. Pero lo verdaderamente importante a destacar en este punto es que la propia Carta Magna le ha dedicado un lugar privilegiado en su articulado, convirtiendo así a la protección del ambiente en una cuestión federal y de vigilia permanente. Sin perjuicio, además, de resaltar el concepto amplio del vocablo “ambiente” que fue el adoptado por el convencional constituyente.

Claro que, ya en lo específico al patrimonio cultural, existe gran diversidad terminológica, de manera tal que se usan distintas expresiones (cultural, ambiental-cultural, histórico-cultural etc.) como sinónimos. No obstante, sin serlo y máxime atento a la problemática de la existencia de diversos “sistemas u órdenes jurídicos” (orden nacional/internacional), con distintas “fuentes” a considerar en cada caso,

obligan a delimitar los bienes que conforman el PC para nuestro derecho porque ello, a su tiempo, vincula a las subclases o tipologías en que se expresa el PC.

La respuesta abarca numerosos bienes: monumentos históricos, barrios con singularidad cultural, los edificios de relevancia histórica-arquitectónica-artística, etc.; sin dudas, también alcanza al entorno de emplazamiento, el propio paisaje urbanístico, etc. En síntesis, el PC puede ser una riqueza tangible o elementos que revisten interés de distinta índole (artístico, arqueológico, científico), por eso traspasa en bienes, haciendo difícil y muy específica su consideración.

Nosotros usamos la noción “patrimonio cultural (PC)” que usan los organismos internacionales (7) que, en cuanto objeto de regulación jurídica, llevan al ámbito supranacional con base en la idea fuerza de la titularidad universal de los valores culturales.

Tal regulación es la que avanzó en perspectiva del constitucionalismo, consagrándose en numerosos textos a partir de la Constitución italiana (8) y desarrolló en la “doctrina de los *beni culturali*”, trasladando al constitucionalismo en marco conceptual de los derechos fundamentales y de ahí a numerosos países hasta convertir el libre acceso del ciudadano a estos bienes patrimoniales, en valor-guía de las constituciones latinoamericanas. Estos quedaron en nuestra reforma de 1994 que recibió además, el aporte de numerosas Cartas provinciales como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Con sucesivos instrumentos se llevó esta problemática a la Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), a la que muy recientemente siguió la Declaración de Friburgo, que consagró este derecho como un Derecho Humano. Con ello se viene transformado en una preocupación legislativa, plasmándose en innumerables normas del derecho positivo en nuestra región. Pero, puntualmente, un tema de cuidado es analizar las competencias locales.

En Argentina, los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son enumerados por L. 25.197 (9), cuyo mérito es contener un extenso listado (catálogo) de estos que sirve como arranque para la delimitación conceptual, abriéndose después el estudio a cada una de sus categorías, por ej., del patrimonio urbanístico, donde plasma la relación con las normas urbanísticas y otros derechos como el derecho de propiedad (normas iusprivatistas).

(7) Fariña Tojo J. (2000). La protección del patrimonio urbano, instrumentos normativos. Madrid: ed. Akal, (p. 8).

(8) Artículo 9º de C. italiana: la República “tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación”.

(9) B.O. del 15/12/1999 (ADLA 1999-D, 4283).

Obvio que la recepción constitucional deja la cuestión atada al Derecho al ambiente (norma ambiental —artículo 41 CN—) y con los mal llamados (como se dijo ya) “nuevos derechos” y, para alcanzar **pleno ejercicio, en el marco de la necesidad de preservar los bienes a que refiere**, nuestro constituyente dio recepción al “derecho al ambiente”, incluyendo en el mismo artículo las obligaciones del Estado y de la sociedad; lo ubicó entre los derechos de incidencia colectiva, afirmando que el ser humano tiene derecho a disfrutar de la totalidad de las condiciones del ambiente (natural y cultural). Pero debe decirse que la Constitución Bonaerense (CPBA) lo dejó explícito en dos artículos: el artículo 28 (ambiente en sentido amplio) y el artículo 44 (consagración expresa del PC) con sustento en el constitucionalismo cultural y no en el ambientalismo, además de la consagración del amparo en el artículo 20, que obliga a observar atentamente la obligación del Estado de “*proveer a la preservación del patrimonio natural y cultural*”, con obligación de atender la jerarquía de tratados y sumar, en cada caso, el régimen municipal en lo atinente a las competencias y para definir la actuación de las Municipalidades (ver artículo 123 CN, la Ley Orgánica de las Municipalidades —LOM— y, en lo pertinente, la Ley de Suelo de la Provincia y las numerosas leyes especiales).

IV.2. Un caso a observar

El 15 de diciembre de 2015 fue promovido un amparo colectivo por parte de un ciudadano de la ciudad de La Plata contra la Secretaría de Cultura de la Provincia de Buenos Aires (Ex Instituto Cultural). La causa, caratulada “*Esnal, Daniel Alejandro c/ Instituto Cultural de la Pcia. de Bs. As. s/ Amparo*” (Expte. N LP-58782-2015), fue radicada en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 21 de La Plata (10).

El conflicto allí ventilado tiene origen en el inminente cierre de un tradicional restaurante de la ciudad que, según afirma el representante colectivo, pondría en riesgo de vulneración los “DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA, específicamente DERECHOS DIFUSOS —indivisibles, indisponibles, pertenecientes a una comunidad en su conjunto—, al estar en riesgo derechos ECONÓMICOS, SOCIALES y CULTURALES de la comunidad de La Ciudad de La Plata. La misma se patentiza toda vez que el cierre definitivo del tradicional restaurant ‘La Aguada’ —con setenta y siete años de trayectoria—, no sólo implica la extinción del mismo, sino que trae aparejada la supresión de un PATRIMONIO CULTURAL que forma parte de la Ciudad de La Plata, al ser uno de los pocos bienes que identifican a nuestra ciudad” (apartado I. del escrito de demanda).

(10) Recuperado de <https://classactionsargentina.com/2015/12/17/amparo-colectivo-en-defensa-del-patrimonio-cultural-de-la-ciudad-de-la-plata-por-la-situacion-del-restaurante-la-aguada-ba/>

Como vemos, el objeto de la pretensión es lograr que “en ejercicio de las funciones que le fueran encomendadas en su carta constitutiva con carácter de IRRENUNCIABLES, tome intervención en el caso y declare PATRIMONIO CULTURAL al restaurant, evitando así la configuración de un perjuicio irreparable” (apartado I.).

Asimismo, se persigue obtener una medida de no innovar “que suspenda los efectos del lanzamiento hasta tanto no hayan intervenido todas las partes interesadas tanto en lo que respecta a la cuestión meramente patrimonial, titular del bien inmueble y trabajadores como así también a los afectados en el plano comunitario” (apartados VII. y XII.).

Es de señalar que se resolvió por mayoría, y con el alcance indicado en el mismo expediente, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en autos, revocando la resolución de grado en cuanto declaró *in limine Litis* la inadmisibilidad de la demanda y rechazó la acción y devolver la causa al Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial de La Plata para su prosecución (artículos 15 y 20, inc. 2°, Const. Prov.; artículos 1, 8, 16, 17 y conchs., ley 13.928, t.s. ley 14.192), debiendo asignarse al proceso el debido curso ritual (artículo 10 y conchs., ley cit.).

Este fallo de Cámara resulta alentador y merece ser seguida esta cuestión de donde seguramente surgirán nuevos planteos al tema tratado. Asimismo, y con este caso en particular, queda visto a las claras que la protección del patrimonio cultural contiene en sí mismo consecuencias que resultan valiosas por fuera de la cuestión tratada, en este caso, por *ej.*, la protección de la fuente de trabajo de decenas de laboradores.

V. El patrimonio cultural edificado. Sus fuentes y relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Se dijo (en una anterior publicación de la revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) que el Patrimonio cultural edificado tiene la particularidad de recibir protección de dos fuentes del Derecho diversas: los Derechos culturales (DC), como una de las categorías de los Derechos Humanos, por un lado; y, por el otro, el Derecho ambiental, en su particular configuración en el ordenamiento jurídico argentino (11) que da protección no solo a los recursos naturales, sino también a lo construido por la sociedad y, creemos, aplica al caso enunciado.

(11) Como se dijo basta ver el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional para no tener duda al respecto pues con reenvío a los fundamentos dados por la convencional Roulet respecto del artículo 41 “(...) el concepto de ambiente (...) incluye el de todos los ámbitos construidos que alojan todas las actividades del hombre: (...) está incluido en la noción de patrimonio cultural,

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los organismos encargados del cumplimiento de los derechos receptados en los distintos tratados y convenciones no han hecho hincapié en los llamados Derechos Culturales, pero, no obstante, puede verse en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos la corriente de equiparar la protección de los DC en perspectiva de otros derechos (en particular el derecho a la propiedad y el sistema de responsabilidades), lo que nos anima en mira a una mejor protección futura a estos derechos identificados en el artículo 15 del PIDESC y artículo 16 del Protocolo de San Salvador, en los Sistemas Universal e Interamericano respectivamente.

Esto impactará en el ordenamiento jurídico argentino donde hay instrumentos que han sido incorporados expresamente a nuestra Constitución, en la perspectiva de tutela interna, ya que además de la protección constitucional, el PC recibe una amplia protección legislativa, por lo que apostamos a la tutela efectiva en nuestro ámbito.

En el caso Bonaerense recordemos además los artículos 28 y 44 CPBA y la profusa legislación especial como las declaratorias de incorporación y el régimen municipal aplicable a las competencias, lo cual resulta enunciativo porque el régimen del PC -el bonaerense- no se agota en las normas constitucionales citadas; en tanto tiene mención específica en su artículo 44, que viene a reforzar la protección de las fuentes.

El caso presentado puede resultar alentador porque en los bienes patrimoniales, sean de particulares, instituciones y organismos públicos —o mixtos—, de la Nación o Provincias, o sea, sean bienes públicos o privados, subyace la idea de resguardar un patrimonio común que se traduce en la necesidad de armonizar con las normas de fondo (C. Civil, C. Minería (12) y, en su caso, el C. Penal, etc.) y con las restricciones del derecho Administrativo, conectando al Derecho de propiedad y al sistema de responsabilidades que habilitan las nuevas normas iusprivatistas.

Analizamos también el Principio de Prevención expresamente receptado en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente donde si bien la prevención del daño es un principio inmanente del ordenamiento jurídico, receptado en doctrina, también lo hace la reciente reforma del Código Civil en su artículo 1710 y ss., donde cobra relevancia fundamental en el Derecho ambiental plasmando el Principio Preventivo que se relaciona con el bien protegido.

de la misma manera que lo están los bienes antropológicos, arqueológicos, urbanísticos y arquitectónicos”, Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, (pp. 1738 y 1796).

(12) El C. Minería determina la conservación del patrimonio natural y cultural en ámbito de la actividad minera estableciendo un régimen que remite a otras normas conf. artículo 41 CN (artículos 233, 246 y 268).

En tal sentido, la SCBA ha dicho que “tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario aquella ponderación debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el artículo 4 de la ley 25.675” (Causa I-68174 “FILON A. R. c. MUNICIPALIDAD DE VICENTE LOPEZ S/INCONSTITUCIONALIDAD ORDENANZA 20.665/04 Y SUS ANEXOS” de la SCBA).

VI. Reflexión Final

Estamos en el terreno del llamado Derecho a la cultura, con principios que instala en relación al derecho al nivel de vida adecuado y la mejora continua de las condiciones de existencia, o sea, una mejor calidad de vida de la población, que muestra distintas direcciones, una de las cuales es evitar el deterioro de los recursos (naturales y culturales), consagrando el Derecho al ambiente y el Derecho a la cultura en general.

El DPC que nos ocupa implica derecho a la participación, al uso y disfrute de los bienes culturales, donde inserta el patrimonio edificado (caso presentado) y aun su defensa, ya que su fuente muestra una doble dimensión: son derechos a lo particular y a lo universal.

Son bienes que son objeto de una “fruición colectiva” que habilita separar la cosa en sí de aquella otra sobre la que se asienta; a partir de ello, se pretende que su preservación esté respaldada por la necesidad de su conservación, permitiendo y fomentando el uso y goce de bienes que, en definitiva, “son de todos”. Estamos frente a valores culturales de la comunidad en la que están localizados los bienes en cuestión.

Las normas consagradorias del derecho al PC (nacional y provincial) lo dejan configurado como Derecho Humano Fundamental por el reconocimiento “*al ciudadano*” del uso y disfrute de los bienes del PC.

De ahí que nuestra Constitución provincial diga: “La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales individuales y colectivas (...)”.

En síntesis, se consagra un modelo de Estado donde el control de legalidad debe ir unido al de efectividad de deberes de acción positiva del Estado Provincial, donde, en consecuencia, son aplicables de manera directa a la materia los Principios generales y, en especial, los de la Responsabilidad instalados por las normas del C. Civil.

El caso traído a la observación podrá mostrar la importancia de tutelar bienes en que trasunta la identidad local y, quizá, la funcionalización del bien que se pre-

tende tutelar pueda articular como factor de desarrollo local a nuestra ciudad de La Plata, trayendo a la realidad urbana una nueva relación con el uso, disfrute y aprovechamiento de un recurso que pertenece a la memoria de los platenses.

Creemos que nuestra ciudad debe llevar a predominio de los valores colectivos y, en consecuencia, la necesidad de conservar un bien del patrimonio urbanístico local puede coadyuvar a la memoria colectiva social atento al decir del PC bonaerense hablamos de bienes culturales y ambientales que integran nuestro patrimonio

VII. Bibliografía

Albanese, S. (1999). *Los valores en el sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.

Bidart Campos, G. J. (1994). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. VI., La Reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires: Ediar.

Bustamante Alsina, J. (1995). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fariña, J. (2000). *La protección del patrimonio urbano, instrumentos normativos*. Madrid: Akal.

Giannini, L. y Verbic, F. (2017). *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino*. La Plata: Rubinzal Culzoni.

Hutchinson, T. y Falbo A. J. (2011). *Derecho Administrativo Ambiental de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

Jiménez, E. P. (1995). Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994. *E. D.* del 10/7/ (pp. 4 y ss.).

Lorenzetti, R. L. (2009). *Derecho Ambiental y Daño*. Buenos Aires: La Ley.

Pigretti, E. A. (2007). *Derecho Ambiental Profundizado*. Buenos Aires: La Ley.

Prieu, M. (1998). La noción del patrimonio común. *JA*, 23/12/1998, N° 6 (pp. 10-15).

Rosatti, H. (2007). *Derecho Ambiental Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Verbic, F. (2007). *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar.

Fecha de recepción: 02-04-2018

Fecha de aceptación: 27-06-2018